

BRUNO MEYERHOF SALAMA

***O FIM DA
RESPONSABILIDADE
LIMITADA NO BRASIL***

História, Direito e Economia

Prefácio de
MARK ROE

STJ00098777

O FIM DA RESPONSABILIDADE LIMITADA NO BRASIL

História, Direito e Economia

© BRUNO MEYERHOF SALAMA

ISBN 978-85-392-0239-3

*Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.*

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940 – São Paulo – SP

Tel.: (0xx11) 3078-7205 Fax: (0xx11) 3168-5495

URL: www.malheiroseditores.com.br

e-mail: malheiroseditores@terra.com.br

Composição

PC Editorial Ltda.

Capa:

Criação: Vânia Lúcia Amato

Arte: PC Editorial Ltda.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

05.2014



SUMÁRIO

<i>Prefácio de MARK ROE</i>	7
<i>Apresentação</i>	21
<i>Prefácio do Autor</i>	25
1. <i>A Transição de Regimes</i>	25
2. <i>O Regime de Responsabilidade entre os Fatos e a Lei</i>	27
3. <i>A Velha Crise da Responsabilidade Limitada</i>	29
4. <i>A Nova Face da Crise</i>	31
5. <i>A Busca por Soluções Jurídicas</i>	33
6. <i>Lacunas na Literatura Nacional</i>	35
7. <i>Princípios Jurídicos e Incentivos</i>	38
8. <i>A Análise Econômica do Direito e o Contexto Brasileiro</i>	39
9. <i>Um Trabalho Pragmático</i>	44
10. <i>A Missão desta Obra</i>	46
11. <i>Agradecimentos</i>	47
12. <i>Sobre o Impulso Inicial para Escrever este Livro</i>	49
13. <i>A Quem Este Livro se Destina</i>	50

PARTE I – GENEALOGIA JURÍDICO-POLÍTICA

INTRODUÇÃO	53
CAPÍTULO 1 – A VELHA REPÚBLICA E O ESQUEMA JURÍDICO LIBERAL (1989-1930)	57
1.1 A IMPORTAÇÃO DE MODELOS SOCIETÁRIOS	58
1.1.1 <i>A Marcha para a Edição do Decreto das Limitadas</i>	59
1.1.2 <i>A Sociedade Limitada como Necessidade da Prática Co- mercial</i>	64
1.1.3 <i>O Debate Europeu Ultramar</i>	68
1.2 A ECONOMIA POLÍTICA DA LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE	73

1.2.1	<i>A Fiscalidade Herdada do Império</i>	73
1.2.2	<i>A Relação de Trabalho como Contrato</i>	78
1.3	CONCLUSÃO PARCIAL	82

CAPÍTULO 2 – O ESTADO SOCIAL E O ESFACELAMENTO DA RESPONSABILIDADE LIMITADA (1930-1988) 85

2.1	A EMPRESA NA ERA VARGAS	87
2.1.1	<i>O Modelo Intervencionista</i>	88
2.1.1.1	A Intervenção Econômica	88
2.1.1.2	Relações entre Capital e Trabalho	90
2.1.1.3	Problemas de Efetividade	90
2.1.2	<i>Do Direito Contratual ao Direito Trabalhista</i>	92
2.1.2.1	Impactos da CLT sobre a Responsabilidade Empresarial	92
2.1.2.2	Direito Trabalhista, Corporativismo e Autoritarismo	94
2.1.2.3	O Papel de Vargas na Balança	96
2.1.3	<i>A Nova Fase do Regime Tributário</i>	99
2.1.3.1	O Problema Conjuntural	99
2.1.3.2	O Problema Estrutural	99
2.1.3.3	Efeitos das Reformas	102
2.2	A TRIBUTAÇÃO DA EMPRESA SOB DESENVOLVIMENTISMO:	
	O PLANO ORIGINAL	103
2.2.1	<i>A Busca pela Reforma Tributária Estrutural</i>	104
2.2.1.1	A Ideia de Racionalização Tributária	104
2.2.1.2	O Compromisso Possível	106
2.2.1.3	O Combate à Evasão Fiscal	109
2.2.2	<i>A Criação do Código Tributário Nacional</i>	113
2.2.2.1	A Marcha para a Edição do CTN	114
2.2.2.2	Renovação da Doutrina Jurídica Tributária	115
2.2.2.3	A Legalidade Tributária sob Ditadura	116
2.2.3	<i>A Responsabilidade Tributária</i>	120
2.2.3.1	Relação com a Evasão Fiscal	120
2.2.3.2	Tipologia	123
2.2.3.3	Responsabilidade por Transferência a Terceiros ..	128
2.2.4	<i>A Rigidez do CTN Testada nos Tribunais</i>	129
2.2.4.1	A Polêmica sobre o Conceito de “Infração à Lei” ..	130
2.2.4.2	A Interpretação Originalista	131
2.2.4.3	A Continuidade com o Regime das Limitadas	133
2.3	O PREÇO DO MILAGRE ECONÔMICO	135
2.3.1	<i>Fissuras no Regime Liberal Tributário</i>	136
2.3.1.1	O Acirramento da Disputa Federativa	136

2.3.1.2	Agressividade Fiscal	139
2.3.1.3	O Colapso Tributário	144
2.3.2	<i>O Formalismo como Problema no Direito Societário</i>	146
2.3.2.1	A Desconsideração da Personalidade Jurídica na Jurisprudência	146
2.3.2.2	Reflexos na Doutrina Nacional	149
2.3.2.3	A Nova Jurisprudência em Matéria Cível	150
2.3.3	<i>O Direito Trabalhista a Reboque</i>	153
2.3.3.1	A Limitação Estrita	153
2.3.3.2	A Posição Salomônica	154
2.3.3.3	A Ilimitação de Responsabilidade	156
2.4	CONCLUSÃO PARCIAL	158

CAPÍTULO 3 – O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO E O FIM DA RESPONSABILIDADE LIMITADA (1988-PRESENTE) 159

3.1	O DESCUIDO ORÇAMENTÁRIO COMO PECADO ORIGINAL	162
3.1.1	<i>A Curiosa Experiência do Desenho Tributário Democrático</i>	
3.1.1.1	Comparação com Iniciativas Anteriores	163
3.1.1.2	Uma Constituição sem planos	164
3.1.1.3	O descompasso entre receita e gasto	165
3.1.1.4	Reformar a tributação, de novo	167
3.1.2	<i>A Judicialização da Disputa Tributária</i>	174
3.1.2.1	Ainda o Problema da Sonegação	174
3.1.2.2	A Polêmica sobre a Solidariedade do Sócio em Matéria Previdenciária	174
3.1.2.3	A Polêmica sobre a Responsabilidade Objetiva do Sócio-Gerente	177
3.1.3	<i>A Enganosa Rigidez Jurisprudencial em Matéria Tributária</i>	179
3.1.3.1	A Posição do STJ e seus Desdobramentos Práticos	180
3.1.3.2	Uma Chantagem Judicial?	185
3.1.3.3	Ressalvas	185
3.2	A NOVA FACE DA RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL DE TERCEIROS	187
3.2.1	<i>A Responsabilidade Objetiva de Terceiros no Direito Trabalhista</i>	187
3.2.1.1	O Novo Modelo Econômico e a Herança do Trabalho Varguista	187
3.2.1.2	Crise, Pressão Competitiva e Terceirização	191
3.2.1.3	A Consagração do Princípio da Alteridade na Jurisprudência	193

3.2.2	<i>A Desconsideração da PJ Positivada no Direito Civil</i>	200
3.2.2.1	Duas Técnicas Distintas	200
3.2.2.2	A introdução Turbulenta pelo CDC	205
3.2.2.3	A Domesticação pelo Código Civil	210
3.2.3	<i>A Regulação no Direito Administrativo e Penal</i>	213
3.2.3.1	A Responsabilização de Terceiros como Técnica Regulatória	214
3.2.3.2	Da Culpa ao Risco	218
3.2.3.3	A Imputação Objetiva na Jurisprudência.....	221
3.3	DO PLANO DE DESENVOLVIMENTO À NORMA-OBJETIVO	223
3.3.1	<i>Causas</i>	224
3.3.1.1	Desprestígio da Ideia de Plano Desenvolvimentista	224
3.3.1.2	Novas Concepções de Desenvolvimento	232
3.3.1.3	Mudança no Arranjo Político Brasileiro.....	233
3.3.2	<i>Efeitos Subsistêmicos</i>	235
3.3.3	<i>Impacto sobre a Segurança Jurídica</i>	238
3.4	CONCLUSÃO PARCIAL	239

PARTE II – UM JUÍZO AVALIATIVO

INTRODUÇÃO	243
------------------	-----

CAPÍTULO 4 – PUBLICIZAÇÃO, FUNCIONALIZAÇÃO E IMITAÇÃO	245
--	-----

4.1	A PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO SOCIETÁRIO COMO SÍNTESE HISTÓRICA	246
4.2	FUNÇÃO SOCIAL COMO VERIFICAÇÃO CONSEQUENCIALISTA DE CONTROLE DE LEGITIMIDADE	258
4.3	A IMITAÇÃO EFICIENTE REJEITADA	263

CAPÍTULO 5 – A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE NA BALANÇA	271
--	-----

5.1	VANTAGENS ECONÔMICAS	273
5.1.1	<i>Diversificação de Investimentos</i>	
5.1.1.1	A Ilimitação de Responsabilidade como Barreira	273
5.1.1.2	Empreendedorismo e Inovação	275
5.1.1.3	Desenvolvimento Institucional e Econômico	279
5.1.1.4	Dívida ou Capital	282
5.1.2	<i>Compensação pela Aversão ao Risco</i>	
5.1.2.1	Investimentos com Valor Monetário Esperado Positivo	286

5.1.2.2	Noção de Aversão ao Risco de Perda	288
5.1.2.3	Incentivos Gerados pelo Regime de Responsabilidade	290
5.1.2.4	A Limitação de Responsabilidade como Subsídio Implícito	290
5.1.3	<i>Redução dos Custos de Monitoramento</i>	
5.1.3.1	O Problema da Identidade dos Sócios	296
5.1.3.2	Pequena Relevância nas Sociedades de Pessoas ..	297
5.1.3.3	Grande Relevância nas Sociedades de Capital	297
5.1.3.3.1	Perda de Fungibilidade	297
5.1.3.3.2	Distorção dos Efeitos da Informação Pública	298
5.1.3.3.3	Disciplina do Mercado sobre Administradores	300
5.1.4	<i>Facilitação das Transferências Eficientes de Controle</i> ..	300
5.2	DESVANTAGENS ECONÔMICAS	303
5.2.1	<i>Viabilização de Investimentos Socialmente Ineficientes</i>	303
5.2.1.1	O Conceito Econômico de “Eficiência”	304
5.2.1.2	Ilustração de Investimento Ineficiente	306
5.2.1.3	Ponderação sobre a Gravidade do Problema	308
5.2.2	<i>Baixo Investimento em Precaução</i>	310
5.2.2.1	Investimentos Eficientes em Precaução	310
5.2.2.2	Custo Total e Custo Privado	312
5.2.2.3	Ressalvas	
5.2.2.3.1	Precificação Contratual de Riscos	313
5.2.2.3.2	Análise Econômica do Direito sem Fanatismos	314
5.2.2.3.3	Risco e Incerteza	315
5.2.3	<i>Escudo para Fraudes</i>	317
5.2.3.1	A Fraude Lucrativa	317
5.2.3.2	Da Incerteza na Responsabilização da Empresa ..	318
5.2.3.3	Efeito do Regime de Responsabilidade Limitada	320
5.3	RESUMO	322
5.4	CONCLUSÃO PARCIAL	322
	<i>Apêndice 1 – A Empresa sob a Ótica da Teoria dos Custos de Transação</i>	326
	<i>Apêndice 2 – Nota sobre Estudos Empíricos acerca da Responsabilidade Limitada</i>	337
 CAPÍTULO 6 – A DIALÉTICA DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL		
6.1	A FUGA DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NO BRASIL	343

6.1.1	<i>Conceituação</i>	344
6.1.1.1	Aproximação com o <i>Judgment Proof</i> Anglo-Saxão	344
6.1.1.2	Distinção ante o <i>Judgment Proof</i> Anglo-Saxão	345
6.1.1.3	Esclarecimento sobre o Sentido do Termo <i>Fuga</i>	346
6.1.2	<i>Velhos Problemas</i>	347
6.1.2.1	Fraude Contra Credores	348
6.1.2.2	Mau Funcionamento do Sistema Judicial	348
6.1.2.3	Utilização Fraudulenta de Instrumentos de Garantia	349
6.1.2.4	Restituições e Exceções à Falência	350
6.1.3	<i>Novos Mecanismos</i>	350
6.1.3.1	Criação de Empresas Subsidiárias e Coligadas	351
6.1.3.2	Securitização	352
6.1.3.3	Segregação de Ativos no Exterior	352
6.1.3.4	Popularização das Empresas <i>Holding</i>	354
6.1.3.5	Utilização da PJ para Ocultação de Crimes	355
6.2	A RESPOSTA DO SISTEMA JURÍDICO	356
6.2.1	<i>Tendências na Responsabilidade Empresarial</i>	357
6.2.1.1	Relativização da Responsabilidade Societária Limitada	357
6.2.1.2	Objetivação	359
6.2.1.3	Ampliação dos Centros de Imputação (Responsabilização de <i>Gatekeepers</i>)	363
6.2.2	<i>Novas Exigências Regulatórias</i>	365
6.2.2.1	Regulação para Prevenção de Danos	365
6.2.2.2	Exigência de Seguro Obrigatório	366
6.2.2.3	Capital Mínimo	368
6.2.3	<i>Aumento da Intervenção Penal</i>	370
6.2.3.1	Novos Tipos Penais	370
6.2.3.2	Responsabilização Penal da Pessoa Jurídica	371
6.2.3.3	Mudança de Critérios de Imputação	372
6.2.4	<i>Alterações Processuais</i>	373
6.2.4.1	Inversões de Ônus Probatório	374
6.2.4.2	Novas Regras para Penhora	375
6.2.4.3	Medidas Voltadas à Redução da Duração dos Processos	375
6.2.5	<i>Renovação da Cultura Jurídica</i>	377
6.2.5.1	Relativização de Formas Jurídicas	378
6.2.5.2	Neoconstitucionalismo	379
6.2.5.3	Renovação do Direito Civil	382
6.2.5.4	Funcionalização	384
6.3	PARADOXOS	386

6.3.1	<i>Incentivos e Consequências Não Pretendidas</i>	387
6.3.2	<i>Algumas Dinâmicas Perversas</i>	389
6.3.2.1	Dificuldades no Recrutamento de Diretores e Conselheiros	390
6.3.2.2	Aumento do Uso de Estruturas de Fachada	392
6.3.2.3	Redução da Propensão Para Investir	393
6.3.3	<i>Implicações</i>	393
6.3.3.1	Custos Econômicos	393
6.3.3.2	Danos à Operabilidade do Direito	394
6.3.3.3	Danos à Legitimidade do Estado de Direito	395
6.4	RESUMO	395
6.5	CONCLUSÃO PARCIAL	396

PARTE III – O MODELO DOGMÁTICO

INTRODUÇÃO	401
CAPÍTULO 7 – RESPONSABILIDADE COMO ALOCAÇÃO DE RISCO EMPRESARIAL	405
7.1 O MODELO DOGMÁTICO BÁSICO	406
7.1.1 <i>Responsabilização como Técnica para Alocação de Risco</i>	406
7.1.2 <i>A Variável-Chave: Voluntariedade ou Involuntariedade do Crédito</i>	408
7.1.2.1 A Precificação Voluntária do Risco	408
7.1.2.2 Impossibilidade de Precificação de Riscos por Vítimas de Atos Ilícitos	410
7.1.2.3 Enunciação do Modelo	412
7.1.3 <i>Externalização de Risco e Compensação Ex Ante Facto</i>	
7.1.3.1 Preços como Mecanismos de Transmissão de Informações	412
7.1.3.2 Preços e Limitação de Responsabilidade do Sócio	414
7.1.3.3 Implicação Normativa do Modelo Básico	415
7.2 CRÍTICA AO MODELO BÁSICO	415
7.2.1 <i>O Problema da Legalidade</i>	415
7.2.1.1 A Imperatividade da Lei	416
7.2.1.2 Deve Haver Responsabilização Por Ato Ilícito Causador de Dano	416
7.2.1.3 As Regras de Imputação Objetiva Prevalecem	416
7.2.2 <i>O Problema da Legitimidade Política</i>	
7.2.2.1 O Modelo Básico Generaliza Demais	417

7.2.2.2	Os Ramos Jurídicos Autônomos Não Podem Ser Ignorados	417
7.2.2.3	Limites do Paradigma Filosófico Comutativo	418
7.2.3	<i>Alguns Limites do Paradigma Econômico da Eficiência Estática</i>	
7.2.3.1	A Complementaridade da Eficiência Dinâmica ...	420
7.2.3.2	Nem Todo Custo Deve Ser Internalizado	420
7.2.3.3	O Substrato Empírico do Modelo Básico É Questionável	421
7.2.4	<i>O Problema do Estado como Credor</i>	422
7.3	O MODELO BÁSICO REFINADO	423
7.3.1	<i>Credores Voluntários Privados</i>	424
7.3.1.1	Contratantes Comerciais	425
7.3.1.2	Empregados	427
7.3.1.3	Consumidores	432
7.3.2	<i>Vítimas de Ilícitos Cíveis</i>	436
7.3.3	<i>O Estado como Credor</i>	440
7.3.3.1	O Problema da Legalidade, de Novo	440
7.3.3.2	Inadimplemento vs. Ato Ilícito da Empresa	441
7.3.3.3	Responsabilização Tributária e Dissolução Irregular	442
7.4	RESUMO	451
7.5	CONCLUSÃO PARCIAL	451
	CAPÍTULO 8 – EXTENSÕES AO MODELO DOGMÁTICO	453
8.1	PARÂMETROS PARA CALIBRAÇÃO DE EFEITOS	454
8.1.1	<i>Extensão da Responsabilidade do Sócio</i>	454
8.1.1.1	Responsabilização Total	455
8.1.1.2	Responsabilização Total com Direito de Regresso	455
8.1.1.3	Responsabilização Proporcional	456
8.1.1.4	Conclusão	457
8.1.2	<i>Distinção Conforme o Tipo de Sócio</i>	458
8.1.2.1	Acesso a Informações e Influência como Variáveis-Chave	459
8.1.2.2	Vantagem no Suporte de Risco	460
8.1.2.3	CrITÉRIOS para Distinção dos Sócios	462
8.1.2.4	Conclusão	465
8.1.3	<i>Empresas Abertas e Fechadas</i>	466
8.1.3.1	A Distinção Fundamental	466
8.1.3.2	Refinamento	469
8.1.3.3	Conclusão	470

8.1.3.4	Nota sobre o Direito Comparado	470
8.2	RESPONSABILIZAÇÃO DE EX-SÓCIO	471
8.2.1	<i>Imputação Imprescritível</i>	472
8.2.2	<i>Imputação pela Ocorrência</i>	472
8.2.3	<i>Imputação pelo Ajuizamento</i>	475
8.3	EXTENSÕES DO MODELO	475
8.3.1	<i>Responsabilização de Administradores</i>	476
8.3.1.1	Mecanismos Jurídicos de Transferência de Risco	476
8.3.1.2	Justificativas Econômicas	478
8.3.1.3	Conclusão	483
8.3.2	<i>Responsabilização de Empresas do Grupo Econômico ...</i>	483
8.3.2.1	A Lógica da Criação dos Grupos	484
8.3.2.2	Juízo Crítico	487
8.3.2.3	Conclusão	489
8.3.3	<i>Responsabilização de Contratantes</i>	490
8.3.3.1	Mecanismos	491
8.3.3.2	Efeitos de Primeira e de Segunda Ordem	493
8.3.3.3	Conclusão	495
8.3.4	<i>Responsabilização de Não Contratantes</i>	497
8.4	RESUMO	499
8.5	CONCLUSÃO PARCIAL	500
 CAPÍTULO 9 – EMPRESA PRIVADA E DESENVOLVIMENTO		
	– UMA VISÃO PARA ALÉM DO ECONOMICISMO	503
	<i>Bibliografia</i>	511
	<i>Índice Onomástico</i>	543